

Die Rechtsprechung des EuGH im Jahr 2016: Unionsbürgerschaft, Diskriminierungsverbot und Grundfreiheiten

*Astrid Epiney, Freiburg i.Ue.**

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Die Rechtsprechung des EuGH im Jahr 2016 – Unionsbürgerschaft, Diskriminierungsverbot und Grundfreiheiten, NVwZ 2017, 846-855. Es ist möglich, dass die in der NVwZ publizierte Version – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

Der vorliegende Beitrag gibt – im Anschluss an den vorherigen Bericht (NVwZ 2016, 503) – einen Überblick über wichtige grundsätzliche Urteile des *EuGH* aus dem Jahr 2016 und damit auch über die Rechtsentwicklung in der EU. Thematisch erfolgt eine Beschränkung auf gewisse materiellrechtliche Aspekte (Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit sowie Grundfreiheiten, letztere mit Ausnahme der Kapitalverkehrsfreiheit sowie spezifisch steuerrechtlicher Aspekte).¹ Der Akzent liegt auf der Zusammenfassung der neueren Entwicklungen und ggf. einer kurzen Kommentierung.

I. Unionsbürgerschaft und allgemeines Diskriminierungsverbot

1. Zugang zu staatlichen Leistungen

In der Rs. C-299/14² führte der *Gerichtshof* seine Rechtsprechung zum Anspruch von Unionsbürgern auf Zugang zu Sozialhilfeleistungen weiter und hielt fest, das Unionsrecht verbiete es den Mitgliedstaaten nicht, Unionsbürger während der ersten drei Monate des Aufenthalts von der Sozialhilfe auszuschließen, auch wenn der Aufenthalt als solcher rechtmäßig ist. Denn Art. 24 II RL 2004/38³ erlaube es den Mitgliedstaaten, anderen Personen als Arbeitnehmern und Selbständigen während der ersten drei Monate ihres Aufenthalts jegliche Sozialleistungen vorzuenthalten, und die Mitgliedstaaten dürften von Unionsbürgern bei einem Aufenthalt bis zu drei Monaten nicht verlangen, dass diese über ausreichende Existenzmittel zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts verfügen. Daher sei es „legitim“, dass die betreffenden Mitgliedstaaten nicht verpflichtet werden könnten, die Kosten eines Aufenthalts zu tragen, was auch im Einklang mit dem Ziel der Erhaltung des finanziellen Gleichgewichts der Systeme der sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten stehe. Im Übrigen sei auch keine

* Die Autorin ist Professorin und geschäftsführende Direktorin des Instituts für Europarecht der Universität Fribourg/CH. Herrn Rechtsassessor *Robert Mosters* sei herzlich für die kritische Durchsicht des Manuskripts gedankt.

¹ Im Bereich des ebenfalls in dieser Übersicht jeweils berücksichtigten Gleichstellungsrechts ist im Berichtszeitraum lediglich *EuGH*, Rs. C-335/15, ECLI:EU:C:2016:564 – Ornano, zu erwähnen, in dem es um die Reichweite der Pflicht zur Entgeltzahlung während des Mutterschaftsurlaubs ging. Der *Gerichtshof* hielt hier fest, der Mindestschutz umfasse nicht die umfassende Fortzahlung des Arbeitsentgelts der Betroffenen; auch liege keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vor, wenn während des Mutterschaftsurlaubs bestimmte Zulagen nicht gewährt werden.

² *EuGH*, Rs. C-299/14, ECLI:EU:C:2016:114 – Jobcenter Recklinghausen.

³ RL 2004/38 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. 2004 L 158, 77.

Einzelfallprüfung notwendig, da die RL 2004/38 selbst ein abgestuftes System auch in Bezug auf die jeweiligen persönlichen Umstände vorsehe.

Angesichts der bisherigen Rechtsprechung des *Gerichtshofs* (insbesondere in der Rs. C-67/14⁴) vermag das Urteil kaum erstaunen, wendet es doch die dort bereits entwickelten Grundsätze lediglich auf einen weiteren Fall des rechtmäßigen Aufenthalts eines Unionsbürgers in einem anderen Mitgliedstaat an. Zu bedauern ist allerdings, dass der *Gerichtshof* auch in diesem neuen Urteil die Frage des Verhältnisses des Art. 24 II RL 2004/38 zu Art. 18 AEUV nicht anspricht. Denn grundsätzlich ist ja in einer Konstellation, in der einem Unionsbürger ein unionsrechtlich gewährleistetes Aufenthaltsrecht zukommt, der Anwendungsbereich der Verträge im Sinne des Art. 18 AEUV eröffnet, so dass sich die Frage nach der Zulässigkeit einer solchen Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit stellt. Anschließend könnte sich die Frage stellen, ob eine primärrechtskonforme Auslegung nicht dazu hätte führen können bzw. müssen, dass die eher „starre“ Regelung des Art. 24 II RL 2004/38 zumindest in gewissen Konstellationen unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls anzuwenden ist, was letztlich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit folgt. Allein die Hinweise auf die „Legitimität“ der mitgliedstaatlichen Regelung und das Sekundärrecht erscheinen hier wenig überzeugend, insbesondere angesichts des Umstands, dass der *Gerichtshof* im Rahmen des Art. 18 AEUV grundsätzlich (wenn auch nicht immer) eine solche Einzelfallbetrachtung in vergleichbaren Situationen verlangt.⁵ Diese Bemerkungen implizieren nicht, dass ein Ausschluss von der Sozialhilfe in solchen Konstellationen nach der hier vertretenen Ansicht zwingend unzulässig wäre; jedoch hätte man sich bei der genauen Begründung und dem Verhältnis zu Art. 18 AEUV etwas mehr Argumentationsaufwand gewünscht, dies auch mit Blick auf ein kohärenteres „Zusammenspielen“ der verschiedenen (primär- und sekundärrechtlichen) Verbote der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und die Klärung der Voraussetzungen der Zulässigkeit von Durchbrechungen bzw. Ausnahmen von diesen Verboten.

Gemäß Art. 24 II RL 2004/38 können die Mitgliedstaaten für Studienbeihilfen in Form eines Stipendiums oder Studiendarlehens vom in Art. 18 AEUV und Art. 24 I RL 2004/38 verankerten Grundsatz der Gleichbehandlung abweichen. In der Rs. C-233/14⁶ hält der *Gerichtshof* – ausgehend von seiner ständigen Rechtsprechung, wonach sich rechtmäßig aufhaltende Unionsbürger umfassend auf das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV, das in Art. 24 AEUV näher umschrieben werde, berufen können – fest, Fahrpreismäßigungen für Studierende fielen unter diese Ausnahme, gehe es doch um einen Beitrag zu den Lebenshaltungskosten, woran auch der Umstand, dass dieser Beitrag als Sachleistung gewährt wird, nichts ändere. Auch hier stellt der *Gerichtshof* ausschließlich auf das Sekundärrecht ab,

⁴ *EuGH*, Rs. C-67/14, ECLI:EU:C:2015:597 – Alimanovic. Zu diesem Urteil *Epiney*, NVwZ 2016, 503 (504).

⁵ S. z.B. *EuGH*, Rs. C-359/13, ECLI:EU:C:2015:118 – Martens; s. auch *EuGH*, Rs. C-140/12, ECLI:EU:C:2013:337 – Brey.

⁶ *EuGH*, Rs. C-233/14, ECLI:EU:C:2016:396 – Kommission/Niederlande.

wobei jedoch anzumerken ist, dass er es in einen systematischen Zusammenhang mit dem Primärrecht stellt, woraus man schließen könnte (was jedenfalls überzeugend wäre), dass der *EuGH* das Sekundärrecht im Licht des Primärrechts auslegen will, wenn dies auch nicht ausdrücklich zum Ausdruck gebracht wird.

Der Zugang zu Studienbeihilfen in Luxemburg stand im Zentrum der Rs. C-238/15⁷. Dabei ging es um Art. 7 Abs. 2 VO 492/2011⁸, wonach ein Wanderarbeitnehmer die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen genießt wie die inländischen Arbeitnehmer. Mit dieser Bestimmung – so der *Gerichtshof* – stehe eine nationale Regelung, welche die Gewährung einer Studienbeihilfe für Kinder von Grenzgängern (nicht hingegen von im Inland ansässigen Personen) an die Bedingung knüpft, dass der Grenzgänger zur Zeit des Beihilfeantrages mindestens fünf Jahre lang ununterbrochen im Inland gearbeitet hat, nicht in Einklang:⁹ Aufgrund der Anknüpfung an den Wohnsitz liege eine mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit vor, könne sich dieses Kriterium doch stärker zum Nachteil der Angehörigen anderer Mitgliedstaaten auswirken. Grundsätzlich komme zwar eine Rechtfertigung dieser Diskriminierung durch das Anliegen, die Zahl der in Luxemburg ansässigen Hochschulabsolventen zu erhöhen, in Betracht, und es dürfe sichergestellt werden, dass der Grenzgänger eine hinreichende Integration mit der luxemburgischen Gesellschaft aufweist. Daher sei es auch zulässig, eine hinreichende Verbundenheit mit dem betreffenden Mitgliedstaat zu verlangen, um der Gefahr von „Stipendientourismus“ entgegenzutreten. Auch sei das Erfordernis der Mindestarbeitsdauer des in Luxemburg arbeitenden Elternteils, der Grenzgänger ist, geeignet, eine Verbundenheit des Arbeitnehmers mit der luxemburgischen Gesellschaft sowie die angemessene Wahrscheinlichkeit dafür zu belegen, dass der Student später nach Luxemburg zurückkehren werde. Jedoch sei die Regelung nicht erforderlich, da sie zu rigide sei und es nicht erlaube, im Falle der Nichterfüllung dieses Erfordernisses auf andere Weise darzulegen, dass eine hinreichende Verbundenheit besteht (so etwa wenn – wie im nationalen Ausgangssachverhalt – die Eltern, von einigen kurzen Unterbrechungen abgesehen, in der Zeit vor der Antragstellung für eine erhebliche Dauer im Inland gearbeitet hatten, wenn auch mit einigen kurzen Unterbrechungen, was jedoch nicht die Verbundenheit als solche in Frage stelle).

Interessant ist das Urteil in erster Linie aus drei Gründen: Erstens bestätigt es, dass bei der Frage nach dem Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung der Aussagegehalt der jeweiligen Regelung ausschlaggebend ist, so dass (nur) danach zu fragen ist, ob sie sich in Anbetracht ihrer Struktur grundsätzlich stärker zum Nachteil von EU-Ausländern auswirken kann; nicht erforderlich sind hingegen statistische Belege, die im Fall von Luxemburg angesichts des hohen Ausländeranteils an der Wohnbevölkerung möglicherweise auch nicht aussagekräftig gewesen

⁷ *EuGH*, Rs. C-238/15, ECLI:EU:C:2016:949 – Bragança Linares.

⁸ VO 492/2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union, ABl. 2011 L 141, 1.

⁹ S. insoweit auch *EuGH*, Rs. C-20/12, ECLI:EU:C:2013:411 – Giersch u.a., wo der *EuGH* eine Regelung, welche den Zugang zu Studienbeihilfen vom inländischen Wohnsitz abhängig machte, als mit Art. 7 Abs. 2 VO 1612/68 unvereinbar angesehen hatte. Die in der angezeigten Rechtssache in Frage stehende Regelung löste diese Bestimmung ab.

wären. Zweitens legt (auch) dieses Urteil in Bezug auf die Rechtfertigungsebene den Schluss nahe, dass das Bestehen einer „Verbundenheit“ zum jeweiligen, eine Leistung ausrichtenden Staat nicht als solche ein zwingendes Erfordernis darstellen kann, das eine Diskriminierung zu rechtfertigen vermag; vielmehr ist ein anderer Grund (vorliegend das Anliegen, die Zahl der im Inland ansässigen Hochschulabsolventen zu erhöhen) als zwingendes Erfordernis notwendig, wobei daran anschließend bei der Frage nach einem sachlichen Grund für die Ungleichbehandlung auf die Verbundenheit zurückgegriffen werden kann. Drittens schließlich stellt das Urteil einen weiteren Anhaltspunkt dafür dar, dass in Bezug auf den Nachweis einer solchen Verbundenheit zwar auf typisierende Kriterien zurückgegriffen werden darf, diese jedoch nicht so rigide ausfallen bzw. gehandhabt werden dürfen, dass andere (naheliegende) Nachweise der Verbundenheit nicht statthaft sind.

Beitragsunabhängige Sozialleistungen (wie z.B. Kindergeld) dürfen – so der *Gerichtshof* in der Rs. C-308/14¹⁰ – vom Vorliegen eines rechtmäßigen Aufenthalts abhängig gemacht werden. Art. 11 III lit. e) VO 883/2004¹¹ stehe dem schon deshalb nicht entgegen, weil diese Bestimmung lediglich eine Kollisionsvorschrift darstelle und die hier relevante Frage daher nicht kläre. Ein solches Erfordernis stehe aber auch mit dem in Art. 4 VO 883/2004 verankerten Diskriminierungsverbot in Einklang: Denn die mit ihr einhergehende mittelbare Diskriminierung könne durch die Notwendigkeit, die Finanzen des Aufnahmemitgliedstaats zu schützen, gerechtfertigt werden; dies impliziere auch die Möglichkeit, zum Zeitpunkt der Gewährung einer Sozialleistung insbesondere an Personen aus anderen Mitgliedstaaten, die wirtschaftlich nicht aktiv sind, eine Prüfung der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts durchzuführen, da diese Gewährung geeignet sei, sich auf das gesamte Niveau der Beihilfe auszuwirken, die dieser Staat gewähren kann. Die Kommission habe im Übrigen nicht nachgewiesen, dass den Anforderungen des Art. 14 Abs. 2 Uabs. 2 RL 2004/38 (der insbesondere systematische Überprüfungen der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts verbietet) nicht Rechnung getragen sei. Zwar müssten die Antragsteller gewisse Angaben liefern; eine eigentliche Überprüfung sei jedoch nur in Ausnahmefällen vorgesehen.

Der *Gerichtshof* dehnt in diesem Urteil im Ergebnis seinen Ansatz, wonach der Zugang nicht erwerbstätiger Unionsbürger zu Leistungen der Sozialhilfe ausgeschlossen werden kann, auf Leistungen aus, die grundsätzlich als Leistungen sozialer Sicherheit anzusehen sind. So qualifizierte er denn auch das Kindergeld bzw. den Kindergeldzuschlag nicht als Sozialhilfe im Sinne des Art. 24 II RL 2004/38, sondern als Familienleistung und damit als Leistung der sozialen Sicherheit im Sinne des VO 883/2004. Die potentielle Tragweite des Urteils dürfte bedeutend sein: Denn es impliziert letztlich nicht nur, dass Leistungen sozialer Sicherheit von einem Aufenthaltsrecht (und nicht nur dem gewöhnlichen Aufenthalt) abhängig gemacht werden dürfen, sondern auch, dass diskriminierende Regelungen grundsätzlich durch Erwägungen des finanziellen Gleichgewichts der Systeme sozialer Sicherheit gerechtfertigt

¹⁰ *EuGH*, Rs. C-308/14, ECLI:EU:C:2016:436 – Kommission/Vereinigtes Königreich.

¹¹ VO 883/2004 zur Koordinierung der Systeme sozialer Sicherheit, ABl. 2004 L 166, 1.

werden können, was in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Grundansatz des Kollisionsrechts stehen dürfte.

2. *Auslieferung und Diskriminierungsverbot*

Die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen ein Mitgliedstaat einen Unionsbürger, der Angehöriger eines anderen Mitgliedstaats ist, an einen Drittstaat ausliefern darf, war Gegenstand der Rs. C-182/15¹². Der *Gerichtshof* erachtete hier Art. 18 AEUV als einschlägig, denn da die eigenen Staatsbürger (im Gegensatz zu den Unionsbürgern) nicht ausgeliefert werden dürften, liege eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit vor. Der Anwendungsbereich des Unionsrechts sei betroffen, da es um die Ausübung der durch Art. 21 AEUV verliehenen Freiheit gehe, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten zu bewegen und aufzuhalten. Auslieferungsvorschriften seien im Übrigen geeignet, die Freizügigkeit der Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten in der Union zu beeinträchtigen. Eine Rechtfertigung komme jedoch grundsätzlich in Frage, gehe es doch um das im Unionsrecht als „legitim“ angesehene Ziel, der Gefahr entgegenzuwirken, dass Personen, die eine Straftat begangen haben, straflos bleiben. Die Auslieferung an einen Drittstaat sei auch zur Erreichung dieses Ziels geeignet. Jedoch sei sie nicht von vornherein erforderlich: Denn – wobei der *Gerichtshof* auch auf den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 Abs. 3 EUV) verweist – im Unionsrecht stehe der Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl zur Verfügung, und mangels Unionsrechtsvorschriften über die Auslieferung zwischen den Mitgliedstaaten und einem Drittstaat seien zunächst alle Mechanismen der Zusammenarbeit und gegenseitigen Hilfe, die es im Bereich des Strafrechts nach dem Unionsrecht gibt, in Gang zu setzen, um die Unionsbürger unter gleichzeitiger Bekämpfung der Straflosigkeit von Straftaten vor Maßnahmen zu schützen, die das in Art. 21 AEUV verankerte Freizügigkeits- und Aufenthaltsrecht beeinträchtigen können. Daher müsse zunächst der Informationsaustausch mit dem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit der Unionsbürger hat, gepflegt werden, um den Behörden dieses Mitgliedstaats, sofern sie nach ihrem nationalen Recht für die Verfolgung dieser Person wegen im Ausland begangener Straftaten zuständig sind, Gelegenheit zu geben, einen Europäischen Haftbefehl zu Verfolgungszwecken zu erlassen. Eine derartige Zusammenarbeit und die Gewährung des Vorrangs eines etwaigen Haftbefehls vor einem Auslieferungsantrag aus einem Drittstaat greife weniger stark in die Ausübung des Rechts auf Freizügigkeit ein, wirke aber zugleich im Rahmen des Möglichen der Gefahr entgegen, dass die verfolgte Straftat ungeahndet bleibt. Im Übrigen sei bei der Auslieferung die Grundrechtecharta zu beachten, da die Entscheidung eines Mitgliedstaats, einen Unionsbürger in einen Drittstaat auszuliefern, in den Anwendungsbereich der Art. 18 und 21 AEUV und somit des Unionsrechts im Sinne von Art. 51 Abs. 1 GRCh falle. Konkret sei daher im Falle einer

¹² *EuGH*, Rs. C-182/15, ECLI:EU:C:2016:630 – Petruhhin (Große Kammer).

Auslieferung zu prüfen und sicherzustellen, dass die Auslieferung Art. 19 GRCh (Grundsatz des *non-refoulement*) nicht verletzt. Dabei reiche – wobei der *Gerichtshof* an die Rechtsprechung des EGMR anknüpft – die Existenz von Erklärungen und der Abschluss völkerrechtlicher Verträge, die grundsätzlich die Beachtung der Grundrechte gewährleisten, allein nicht aus, um von der Beachtung der GRCh auszugehen, wenn es vertrauenswürdige Quellen für Praktiken der Behörden – oder für von diesen tolerierte Praktiken – gibt, die den Grundsätzen der EMRK offensichtlich zuwiderlaufen. Vielmehr sei die zuständige Behörde des ersuchten Mitgliedstaats, sofern sie über Anhaltspunkte dafür verfügt, dass eine echte Gefahr unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung von Personen im ersuchenden Drittstaat besteht, verpflichtet, bei der Entscheidung über die Auslieferung das Vorliegen dieser Gefahr zu würdigen. Dabei müsse sie sich auf objektive, zuverlässige, genaue und gebührend aktualisierte Angaben (wie z.B. Urteile internationaler Gerichte oder Berichte von Organen des Europarates oder der Vereinten Nationen) stützen.

Das Urteil ist in erster Linie aus dreierlei Gründen bemerkenswert:

- Erstens bestätigt es den bereits in früheren Urteilen erkennbaren Ansatz, wonach der Anwendungsbereich der Verträge im Sinne des Art. 18 AEUV immer dann eröffnet ist, wenn ein Unionsbürger von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch macht und sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats aufhält, so dass diese Situation als solche in den Anwendungsbereich der Verträge falle, womit offenbar einhergeht, dass sich der Unionsbürger in Bezug auf alle seinen Aufenthalt betreffenden bzw. beeinflussenden Aspekte auf Art. 18 AEUV berufen kann. Dabei muss kaum noch eigens geprüft werden, ob die in Frage stehende Regelung selbst in den sachlichen Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt, berührt doch praktisch die gesamte Rechtsordnung in irgendeiner Weise den Aufenthalt, wie auch die angezeigte Rechtssache bestätigt, in der der *Gerichtshof* immerhin darauf hinweist, dass Auslieferungsvorschriften die Freizügigkeit der Unionsbürger beeinträchtigen könnten (wobei dies jedoch nicht für alle Unionsbürger gleichermaßen gelten dürfte, womit auch deutlich wird, dass der Bezug zur Freizügigkeit eher lose und „unsicher“ ausfallen kann).
- Zweitens impliziert diese weite Auslegung des Begriffs des Anwendungsbereichs der Verträge auch die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Unionsrechts und damit der Grundrechtecharta, die somit in Bezug auf alle diesbezüglichen Maßnahmen zu beachten ist. M.a.W.: Sobald es um Rechte oder Pflichten für Unionsbürger mit einem rechtmäßigen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat geht, ist der Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet mit der Folge der Maßgeblichkeit der GRCh, der somit ein (zumindest potentiell) ausgesprochen weiter Anwendungsbereich zukommt. Der Einfluss auf die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen dürfte damit sehr weit gehen, da diese in Bezug auf die betroffenen Fragen Unionsbürger und eigene Staatsangehörige hinsichtlich der Grundrechte wohl im Ergebnis gleich behandeln werden wollen bzw. im Gefolge des (nationalen) Gleichheitssatzes u.U. auch müssen.

- Schließlich bildet das vorliegende Urteil auch ein Beispiel dafür, dass der Vorrang des EU-Rechts auch im Verhältnis zu völkerrechtlichen Verträgen der Mitgliedstaaten zum Zuge kommt. Damit kann für diese ggf. eine schwierige Situation entstehen, da sie sich völkerrechtlich gegenüber Drittstaaten verpflichtet haben, diese Verpflichtungen dann aber wegen eines Verstoßes gegen Unionsrecht möglicherweise nicht einhalten können (was aus völkerrechtlicher Sicht grundsätzlich ihre völkerrechtliche Verantwortlichkeit nach sich zieht).

3. Zur Tragweite der Freizügigkeit

Die Problematik der Vereinbarkeit gewisser namensrechtlicher Regelungen mit Art. 21 AEUV bzw. die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein in einem anderen EU-Mitgliedstaat erworbener Familienname im Heimatstaat anerkannt werden muss, stand im Vordergrund der Rs. C-438/14¹³, wobei das Urteil in einer Reihe diesbezüglicher Urteile des *Gerichtshofs* steht.¹⁴ Auch im angezeigten Urteil hält der *EuGH* fest, die Weigerung der Behörden, einen in einem anderen Mitgliedstaat von einem Angehörigen dieses Mitgliedstaats erworbenen Namen anzuerkennen, könne eine Beschränkung der Freizügigkeit der Unionsbürger darstellen, da der Namensträger Gefahr laufe, Zweifel an der Identität seiner Person ausräumen zu müssen. Diese Gefahr sah der *Gerichtshof* im konkreten Fall als gegeben an, insbesondere auch angesichts der Doppelstaatsangehörigkeit des Betroffenen (der somit in den jeweiligen Identitätsdokumenten mit unterschiedlichen Namen aufgeführt werde); darüber hinaus bestünden möglicherweise auch noch Schwierigkeiten, die verwandtschaftliche Beziehung zur minderjährigen Tochter zu belegen. Allerdings könne die Anerkennung des fraglichen Namens (nur)¹⁵ dann verweigert werden, wenn dies aus Gründen der öffentlichen Ordnung gerechtfertigt ist, was etwa dann der Fall sei, wenn die Ablehnung geeignet und erforderlich sei um sicherzustellen, dass der Grundsatz der Gleichheit aller Bürger des betreffenden Mitgliedstaats vor dem Gesetz gewahrt wird. Diese Erwägung sei im Zusammenhang mit der Abschaffung aller Vorrechte und Nachteile der Geburt oder des Standes in Deutschland zu sehen (vgl. Art. 123 GG i.V.m. Art. 109 III Weimarer Verfassung), wobei eine solche Entscheidung im Kontext der verfassungsrechtlichen Entscheidung in Deutschland Teil der nationalen Identität im Sinne von

¹³ *EuGH*, Rs. C-438/14, ECLI:EU:C:2016:401 – Bogendorff von Wolffersdorff.

¹⁴ Vgl. *EuGH*, Rs. C-148/02, ECLI:EU:C:2003:539 – Garcia Avello; *EuGH*, Rs. C-353/06, ECLI:EU:C:2008:559 – Grunkin und Paul; *EuGH*, Rs. C-208/09, ECLI:EU:C:2010:806 – Sayn-Wittgenstein.

¹⁵ Der *Gerichtshof* stellt gleichzeitig klar, dass das Anliegen der Kontinuität des Namens nicht hinreichend gewichtig sei, um eine Beschränkung der Freizügigkeit zu rechtfertigen. Gleiches gelte für die Freiwilligkeit der Namensänderung im anderen Mitgliedstaat: Diese könne für sich allein keine Einschränkung des Art. 21 AEUV rechtfertigen. Schließlich könne auch die schiere Länge eines Namens keine Beschränkung der Freizügigkeit rechtfertigen, gehe es hier doch (nur) um auf Verwaltungsvereinfachung ausgerichtete Erwägungen.

Art. 4 II EUV¹⁶ sei und somit als ein Rechtfertigungsgrund für eine Beschränkung des vom Unionsrecht anerkannten Rechts auf Freizügigkeit berücksichtigt werden könne. Dabei handle es sich um einen Fall der öffentlichen Ordnung, ein unionsrechtlicher Begriff, der jedoch in den unionsrechtlichen Grenzen von einem Mitgliedstaat zum anderen und im zeitlichen Wechsel verschieden sein könne. Zweifel meldet der *Gerichtshof* jedoch am Vorliegen der Voraussetzungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes an: Denn die deutsche Rechtsordnung enthalte – anders als die österreichische (die in der Rs. C-208/09¹⁷ in Frage stand – kein striktes Verbot der Beibehaltung von Adelsbezeichnungen. Zwar werden seit Inkrafttreten der Weimarer Verfassung keine neuen Adelsbezeichnungen mehr verliehen, doch diejenigen, die zu diesem Zeitpunkt existierten, wurden als Namensbestandteile beibehalten. Folglich ist es trotz der Abschaffung des Adels zulässig, dass die Namen deutscher Staatsbürger aufgrund von deren Abstammung Bestandteile enthalten, die alten Adelsbezeichnungen entsprechen. Außerdem ist nach dem derzeit geltenden deutschen Personenstandsrecht der Erwerb solcher Namensbestandteile auch im Wege der Adoption möglich. Angesichts dieser Ausgangslage habe das nationale Gericht im Einzelnen zu prüfen, ob die Regelung nicht über das hinausgeht, was erforderlich ist, um die Erreichung des erwähnten grundlegenden verfassungsrechtlichen Ziels zu gewährleisten. Denn letztlich beschränke sich die Begründung der Verweigerung der Anerkennung des im Ausgangsfall im Vereinigten Königreich erworbenen Namens darauf, dass die Verwirklichung des Ziels, den Grundsatz der Gleichheit aller deutschen Staatsbürger vor dem Gesetz sicherzustellen, voraussetze, dass es deutschen Staatsangehörigen untersagt werde, Adelsbezeichnungen oder –bestandteile zu führen, die glauben machen könnten, dass der Träger des Namens einen entsprechenden Rang innehave, obwohl solche Bezeichnungen ansonsten unter bestimmten Bedingungen erworben und benutzt werden könnten. Insoweit seien bei der Abwägung zwischen dem in Art. 21 AEUV gewährleisteten Recht auf Freizügigkeit und den berechtigten Interessen, die mit den Schranken der Benutzung von Adelsbezeichnungen und dem Verbot, den Anschein einer adeligen Herkunft neu zu schaffen, verfolgt werden, verschiedene Gesichtspunkte zu berücksichtigen. So sei in die Abwägung einzubeziehen, dass der Betreffende sein Recht auf Freizügigkeit ausgeübt habe und sowohl die deutsche als auch die britische Staatsangehörigkeit besitze, dass die in Großbritannien erworbenen Namensbestandteile formell keine Adelsbezeichnungen darstellten und dass der Name der Tochter entsprechend dem „britischen“ Namen eingetragen worden sei und daher offenbar nicht gegen die öffentliche Ordnung verstoße. Allerdings sei auf der anderen Seite zu berücksichtigen, dass die Namensänderung auf einer rein persönlichen Entscheidung des

¹⁶ Hierzu aus dem Berichtszeitraum auch *EuGH*, Rs. C-51/15, ECLI:EU:C:2016:985 – Remondis: Die Aufteilung der Zuständigkeiten innerhalb eines Mitgliedstaats (zwischen zentralen, lokalen und regionalen Einheiten) stehe unter dem Schutz von Art. 4 II EUV, wobei im Zusammenhang mit dem öffentlichen Auftragswesen eine die Erfüllung öffentlicher Aufgaben betreffende Kompetenzübertragung aber nur dann vorliege, wenn die Übertragung sowohl die mit der übertragenen Kompetenz verbundenen Zuständigkeiten als auch die damit einhergehenden Befugnisse betrifft, so dass die neuerdings zuständige öffentliche Stelle über eine eigene Entscheidungsbefugnis und eine finanzielle Unabhängigkeit verfügen müsse.

¹⁷ *EuGH*, Rs. C-208/09, ECLI:EU:C:2010:806 – Sayn-Wittgenstein.

Antragstellers beruhe, so dass die daraus folgende Namensabweichung weder auf die Umstände der Geburt des Betroffenen noch auf eine Adoption und auch nicht auf den Erwerb der britischen Staatsangehörigkeit zurückgehe und die Namensänderung den Anschein einer adligen Herkunft erwecke. Der *Gerichtshof* überlässt somit die letztliche Entscheidung dem nationalen Gericht; seine Zweifel an der Erforderlichkeit und wohl auch Angemessenheit (worauf sich die zuletzt genannten Erwägungen wohl im Wesentlichen beziehen) der Verweigerung der Anerkennung in einer solchen Konstellation scheinen jedoch groß zu sein, zumal der *Gerichtshof* noch betont, die öffentliche Ordnung könne es jedenfalls nicht rechtfertigen, die Änderung der Vornamen nicht anzuerkennen (dies wohl angesichts des Umstands, dass es hier nicht um Adelsbezeichnungen gehen kann).

In zwei von der Großen Kammer gefällten Urteilen (Rs. C-165/14¹⁸ und Rs. C-304/14¹⁹) bestätigte der *Gerichtshof* seine Rechtsprechung in der Rs. C-34/09²⁰, wonach aus dem Genuss des Kernbestands der Rechte, die durch die Unionsbürgerschaft verliehen werden, folge, dass ein Aufenthalt im Unionsgebiet nicht verunmöglicht werden dürfe, so dass ggf. auch drittstaatsangehörigen Eltern eines minderjährigen Unionsbürgers ein Aufenthaltsrecht zu gewähren sei. In den angezeigten Rechtssachen wandte der *Gerichtshof* diese Rechtsprechung im Grundsatz auch auf die Konstellation an, in welcher ein drittstaatsangehöriger Elternteil vorbestraft war und seine Ausweisung zwangsläufig dazu führte, dass Kinder, die Unionsbürger sind, das Unionsgebiet verlassen müssten.²¹ Allerdings präzisierte der *Gerichtshof* auch, dass das Unionsrecht in einer solchen Konstellation nur (aber immerhin) einer Ausweisung allein wegen Vorstrafen entgegenstehe; hingegen dürfe eine Ausweisung ausnahmsweise dann erfolgen, wenn das Verhalten des Drittstaatsangehörigen eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr darstellt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft des Aufnahmemitgliedstaats berührt, wobei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren sei. Letztlich dürfte der *Gerichtshof* hier auf parallele Kriterien wie in Bezug auf die Zulässigkeit der Ausweisung von (an sich aufenthaltsberechtigten) Unionsbürgern aus anderen Mitgliedstaaten zurückgreifen. Im Rahmen der Abwägung sind dabei auch und gerade das Interesse des Kindes am Aufenthalt im Unionsgebiet (und damit an der Möglichkeit der Wahrnehmung eines Kernbestands seines Rechts als Unionsbürger) sowie das Kindeswohl zu berücksichtigen, so dass sich die Interessenlage (im Vergleich zur Situation von Unionsbürgern im Verhältnis zum Aufnahmemitgliedstaat) möglicherweise eher zugunsten eines Aufenthaltsrechts präsentieren kann; hierfür spricht auch, dass der *Gerichtshof* ausdrücklich darauf hinweist, eine Ausweisung sei nur bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände zulässig.

¹⁸ *EuGH*, Rs. C-165/14, ECLI:EU:C:2016:675 – Marin.

¹⁹ *EuGH*, Rs. C-304/14, ECLI:EU:C:2016:674 – CS.

²⁰ *EuGH*, Rs. C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124 – Ruiz Zambrano.

²¹ In einem Verfahren klagte ein allein sorgeberechtigter Vater eines Jungen spanischer Staatsangehörigkeit und eines Mädchens polnischer Staatsangehörigkeit (C-165/14). Die beiden minderjährigen Kinder haben sich stets in Spanien aufgehalten, wobei der *EuGH* in Bezug auf das polnische Mädchen auf die RL 2004/38 und die Rechtsprechung in *EuGH*, Rs. C-200/02, ECLI:EU:C:2004:639 – Zhu und Chen, zurückgriff. Im anderen Verfahren (C-304/14) ging es um eine allein sorgeberechtigte Mutter eines Kindes britischer Staatsangehörigkeit, das mit ihr im Vereinigten Königreich lebt.

Nicht ganz klar ergibt sich jedoch aus den Urteilen, ob der *Gerichtshof* es für die Einschlägigkeit des Kernbestands der Rechte, die der Unionsbürgerstatus gewährt, ausreichend erachtet, wenn der sorgeberechtigte Elternteil des Unionsbürgers *de facto* gezwungen wäre, das Unionsgebiet zu verlassen, etwa weil kein Familienmitglied die Sprache desjenigen Mitgliedstaats beherrscht, in dem ggf. ein Aufenthaltsrecht besteht. Vieles dürfte jedoch dafür sprechen, nicht nur auf ein *de iure* bestehendes Aufenthaltsrecht abzustellen, sondern – in Anbetracht aller relevanten Umstände – auch danach zu fragen, ob die Ausweisung aus einem bestimmten Mitgliedstaat *de facto* die Folge nach sich zieht, dass nur ein Wegzug aus dem Unionsgebiet in Betracht kommt. Für diesen Ansatz spricht auch, dass in Bezug auf das die Unionsbürgerschaft besitzende Kind darauf abgestellt wird, dass es im Falle der Ausweisung seines Elternteils das Unionsgebiet *de facto* verlassen müsste.²²

II. Grundfreiheiten

1. Warenverkehrsfreiheit

In der von der Großen Kammer entschiedenen Rs. C-15/15²³ stand eine Regelung in Flandern zur Debatte, wonach (auch) grenzüberschreitend versandte Rechnungen (inkl. aller Angaben auf den Rechnungen) ausschließlich in niederländischer Sprache abzufassen sind. Der *Gerichtshof* stellte in Bezug auf eine derartige Regelung eine Verletzung des Art. 35 AEUV fest: Es liege eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine Ausfuhrbeschränkung vor, da es eine solche Regelung den Vertragsparteien (übrigens unter Androhung der Nichtigkeit) verbiete, sich für die Rechnungen einer Sprache, die alle Beteiligten beherrschen, zu bedienen, und eine Sprache vorschreibe, die nicht zwingend derjenigen entspricht, deren Verwendung sie für die vertraglichen Beziehungen vereinbart haben. Dies ziehe die Gefahr des Bestreitens oder der Nichtbegleichung von Rechnungen nach sich, ganz abgesehen davon, dass die Nichtigkeitsfolge den Rechnungsempfänger dazu verleiten könne, die Gültigkeit einer Rechnung zu bestreiten, falls nicht die niederländische Sprache verwendet wurde. Insgesamt gehe mit dieser Regelung somit eine Rechtsunsicherheit einher, so dass beschränkende Wirkungen für den Handel zu gewärtigen seien. Der Umstand, dass es sich möglicherweise um eine unbedeutende Beschränkung handle, sei nicht relevant, da auch jede noch so

²² S. ansonsten noch *EuGH*, Rs. C-601/14, ECLI:EU:C:2016:759 – Kommission/Italien (Große Kammer), wo der Gerichtshof – in Anknüpfung an seine Rechtsprechung zur Tragweite des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Zusammenhang mit Opferhilferegeln (*EuGH*, Rs. C-186/87, EU:C:1989:47 – Cowan) – feststellte, Italien habe die RL 2004/80 insoweit unzureichend umgesetzt, als es nur für einen Teil der auf seinem Hoheitsgebiet begangenen vorsätzlichen Gewalttaten eine Entschädigungsregelung vorsah. Denn Art. 12 II RL 2004/80 solle gewährleisten, dass dem Unionsbürger ein Anspruch auf eine gerechte und angemessene Entschädigung für die ihm im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats, in dem er sich in Ausübung seines Rechts auf Freizügigkeit aufhält, zugefügte Schädigung zukommt, indem er die einzelnen Mitgliedstaaten verpflichtet, sich eine Opferentschädigungsregelung zu geben, die alle im Inland vorsätzlich begangenen Gewalttaten erfasst.

²³ *EuGH*, Rs. C-15/15, Urt. v. 21.6.2016, ECLI:EU:C:2016:464 – New Valmar.

unbedeutenden Beschränkung einer der Grundfreiheiten vom Vertrag verboten sei, und die beschränkende Wirkung sei vorliegend auch nicht zu ungewiss oder zu mittelbar. Im Übrigen handle es sich zwar formal um eine unterschiedslos anwendbare Maßnahmen, die jedoch spezifisch die Ausfuhr betreffe, da die Wahrscheinlichkeit geringer sei, dass ein in einem anderen Mitgliedstaat als Belgien ansässiger Käufer in der Lage sei, die niederländische Sprache zu verstehen, als ein in Belgien ansässiger Käufer. Eine Rechtfertigung aufgrund des mit der Regelung angestrebten Ziels der Förderung des Gebrauchs einer der Amtssprachen komme zwar grundsätzlich in Betracht. Allerdings sei die Verhältnismäßigkeit zu verneinen, da weniger einschränkende Maßnahmen zur Verfügung stünden, insbesondere die Zulässigkeit, Rechnungen bei grenzüberschreitenden Geschäften auch in einer anderen, allen Vertragsparteien geläufigen Sprache zu verfassen. Das Urteil ist logisch stringent argumentiert und erscheint im Ergebnis und in der Begründung zwingend. Es illustriert einmal mehr, dass auch emotional und historisch „vorbelastete“ Regelungen den Anforderungen des Binnenmarktrechts genügen müssen, so dass es sich (auch insoweit) lohnt, hier jeweils unaufgeregt und rational an die Thematik heranzugehen.

Eine mitgliedstaatliche Regelung, die es Einzelhändlern verbietet, Waren (im konkreten Fall ging es um Tabakwaren) zu einem Einheitspreis zu verkaufen, der unter dem Preis liegt, den der Hersteller oder der Importeur auf dem an den Waren angebrachten Steuerzeichen angegeben hatte, fällt nach dem Urteil des *EuGH* in der Rs. C-221/15²⁴ nicht in den Anwendungsbereich des Art. 34 AEUV, soweit der Preis vom Importeur frei bestimmt wurde. Der *Gerichtshof* knüpft hier an seine *Keck*-Rechtsprechung an und stellt daran anschließend klar, dass Regelungen, die als bestimmte Verkaufsmodalitäten im Sinne der *Keck*-Rechtsprechung anzusehen sind, nicht geeignet seien, den Marktzugang für die entsprechenden Erzeugnisse zu versperren oder stärker zu behindern, als sie dies für inländische Erzeugnisse tun. Weiter seien Maßnahmen, die den Zugang zum Markt eines Mitgliedstaates für Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten behindern, jedenfalls als Maßnahmen gleicher Wirkung wie Einfuhrbeschränkungen anzusehen. Somit dürfte der *EuGH* einerseits davon ausgehen, dass die *Keck*-Rechtsprechung nach wie vor zum Zuge kommt; andererseits illustriert auch dieses Urteil, dass letztlich das Marktzugangskriterium entscheidend ist und die Vertriebsbezogenheit insofern eher ein Indiz darstellen dürfte.

Im Falle der Preisfestsetzung für Humanarzneimittel auch im grenzüberschreitenden Versandhandel sei hingegen – so der *EuGH* in der Rs. C-148/15²⁵ – Art. 34 AEUV einschlägig. Denn eine solche Maßnahme entfalte stärkere Auswirkungen für in anderen Mitgliedstaaten niedergelassene Apotheken und damit für eingeführte Produkte als für einheimische Produkte, so dass von einem relevanten Marktzugangshindernis auszugehen sei. Eine Rechtfertigung aus Gründen des Gesundheitsschutzes – konkret die Sicherstellung einer flächendeckenden, sicheren und qualitativ hochwertigen Arzneimittelversorgung über genügend Apotheken auch

²⁴ *EuGH*, Rs. C-221/15, ECLI:EU:C:2016:704 – Etablissements Fr. Colruyt.

²⁵ *EuGH*, Rs. C-148/15, ECLI:EU:C:2016:776 – Deutsche Parkinson Vereinigung.

in ländlichen Gebieten – komme zwar grundsätzlich in Betracht; jedoch sei die Maßnahme nicht verhältnismäßig, da nicht dargelegt worden sei, inwiefern die Preisbindung wirklich geeignet und notwendig zur Verfolgung dieses Ziels sei. Der *Gerichtshof* beanstandet in diesem Zusammenhang insbesondere, dass keine belastbaren Zahlen und Fakten vorgelegt worden seien, welche belegen, dass der ohne die Preisbindung stattfindende Preiswettbewerb wirklich die gleichmäßige Versorgung mit Arzneimitteln bzw. die Ansiedlung einer ausreichenden Anzahl von Apotheken auch in Randgebieten gefährde. Der *EuGH* legt hier bei der Rechtfertigungsprüfung eine auch im Vergleich zu gewissen anderen Urteilen²⁶ eher hohe Kontrolldichte an, ohne diese wirklich zu begründen. Im Ergebnis überzeugt dieser Ansatz des *Gerichtshofs* jedoch und lässt sich durch den massiven Eingriff in den Wettbewerb und die Grundfreiheiten im Falle einer Preisbindung begründen, führt diese doch dazu, dass ein wesentliches Element des Wettbewerbs – die Preisgestaltung – ausgeschaltet wird. Zwar dürfte es das Urteil nicht *a priori* ausschließen, dass differenzierter ausgestaltete Preisbindungen (z.B. solche, die auf verschreibungspflichtige Medikamente beschränkt sind) gerechtfertigt werden könnten; allerdings wäre auch hier die Verhältnismäßigkeit jeweils im Einzelnen zu prüfen, und häufig kämen angesichts der sehr weitgehenden Auswirkungen von Preisbindungen weniger beschränkende Maßnahmen (wie z.B. ein Verbot des Versandhandels) in Frage, was jedoch jeweils im Einzelnen in Abhängigkeit vom genau verfolgten Ziel zu prüfen wäre. Mit der Feststellung der tatbestandlichen Einschlägigkeit des Art. 34 AEUV in diesem Zusammenhang bestätigt auch dieses Urteil, dass im Fall einer Beschränkung des Marktzugangs jedenfalls eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine Einfuhrbeschränkung vorliegt, ohne dass die Frage des Vorliegens der Voraussetzungen der Keck-Rechtsprechung geprüft werden müsste. Im Übrigen illustriert auch dieses Urteil (im Anschluss an die Rs. C-333/14²⁷), dass Preisbindungen stets von Art. 34 AEUV erfasst sein dürften, da sie regelmäßig den Marktzugang von eingeführten Produkten beschränken, so dass es bei solchen Maßnahmen regelmäßig die Rechtfertigungsprüfung entscheidend ist, bei welcher der *Gerichtshof* die erwähnten eher strengen Anforderungen anlegt.²⁸

²⁶ S. insbesondere *EuGH*, verb. Rs. C-171/07, C-172/07, ECLI:EU:C:2009:316 – Apothekerkammer des Saarlandes: Hier erachtete der Gerichtshof eine Vorschrift, wonach Nichtapothekern der Besitz und Betrieb von Apotheken verboten ist, als mit der Niederlassungsfreiheit in Einklang stehend, da eine Rechtfertigung aus Gründen des Gesundheitsschutzes (eine sichere und qualitativ hochwertige Arzneimittelversorgung der Bevölkerung) bejaht werden könne, wobei der Gerichtshof hier von einem eher weiten Gestaltungsspielraum ausgeht. Zu diesem Urteil *Epiney*, NVwZ 2010, 1065 (1068). S. im Übrigen aus dem Berichtszeitraum auch noch *EuGH*, Rs. C-634/15, ECLI:EU:C:2016:510 – Sokoll-Seebacher, in dem der Gerichtshof das Urteil in *EuGH*, Rs. C-367/12, ECLI:EU:C:2014:68 – Sokoll-Seebacher (in welchem es um die Mindestentfernung von Apotheken im Hinblick auf die Sicherstellung einer angemessenen Versorgung der Bevölkerung ging), bestätigte und die dort entwickelten Ansätze verallgemeinerte. Vgl. hierzu bereits *Epiney*, NVwZ 2015, 777 (781).

²⁷ *EuGH*, Rs. C-333/14, ECLI:EU:C:2015:845 – Scotch Whisky Association. Zu diesem Urteil *Epiney*, NVwZ 2016, 503 (505 f.).

²⁸ S. ansonsten noch *EuGH*, Rs. C-492/14, ECLI:EU:C:2016:732 – Essent Belgium: Unvereinbarkeit eines Systems der kostenlosen Verteilung von „grünem“ Strom mit Art. 34 AEUV wegen fehlender Geeignetheit der Maßnahme zur Erreichung des angestrebten Ziels (Umweltschutz), wobei der nur indirekte, ungewisse und zufällige Charakter der Unterstützung, die sich aus dem System der kostenlosen Verteilung möglicherweise für den Erzeuger von grünem Strom selbst ergeben kann, entscheidend war; denn damit

2. Arbeitnehmerfreizügigkeit

In der Rs. C-187/15²⁹ hält der *Gerichtshof* – wenig überraschend – fest, eine Regelung, wonach Beamte, die auf eigenen Wunsch vor der Pensionierung aus dem Beamtenverhältnis ausscheiden, um eine Stelle in einem anderen Mitgliedstaat anzunehmen, ihre Ansprüche auf Ruhegehalt aus der Beamtenversorgung verlieren und in der gesetzlichen Rentenversicherung nachversichert werden, deren Leistungen jedoch niedriger sind als die beamtenrechtlichen Ruhegehaltsansprüche, verstoße gegen Art. 45 AEUV. Eine solche Regelung beschränke nämlich die Arbeitnehmerfreizügigkeit, woran auch der Umstand nichts ändere, dass sie auch für Personen zur Anwendung komme, die aus dem Beamtenverhältnis ausscheiden, um im Inland eine Stelle anzunehmen. Eine Rechtfertigung durch das Anliegen, die Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung sicherzustellen, da mit ihr u.a. die Loyalität der Beamten und somit die Kontinuität und die Beständigkeit des öffentlichen Dienstes gefördert werden könnte, komme zwar grundsätzlich in Betracht. Auch könne die Maßnahme *a priori* als geeignet angesehen werden, da sie einen Beamten vom Ausscheiden aus dem Beamtenverhältnis abhalten könnte und somit die Beständigkeit bei der Wahrnehmung der Verwaltungsaufgaben gewährleiste. Jedoch könne die Geeignetheit nur dann bejaht werden, wenn die Maßnahme insofern auch tatsächlich diesem Anliegen gerecht werde, indem sie dieses in kohärenter und systematischer Weise verfolge. Gerade hieran fehle es aber vorliegend, da das Ausscheiden aus der beamtenrechtlichen Ruhestandsversorgung nicht vorgesehen sei, wenn eine Stelle im öffentlichen Dienst eines anderen Bundeslandes oder des Bundes angenommen werde, so dass das Anliegen der Funktionsfähigkeit der Verwaltung nicht in systematischer und kohärenter Weise verfolgt werde und die Geeignetheit daher zu verneinen sei.³⁰ Zur Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Verwaltung in ganz Deutschland sei die Maßnahme jedenfalls nicht erforderlich. Aufgrund des Vorrangs des Unionsrechts müsse das nationale Gericht im Hinblick auf die Gewährleistung der Effektivität des Unionsrechts alles tun, um zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem Unionsrecht in Einklang stehe; dies impliziere ggf. – falls eine unionsrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts nicht möglich sei – auch,

sei gerade nicht erwiesen, dass die Betreiber in wirksamer Weise dazu angehalten würden, trotz der damit verbundenen höheren Produktionskosten mehr grünen Strom zu erzeugen; *EuGH*, Rs. C-586/14, ECLI:EU:C:2016:421 – Budisan (diskriminierende Besteuerung von Kfz, die nach Art. 110 AEUV zu beurteilen war); *EuGH*, Rs. C-525/14, ECLI:EU:C:2016:714 – Kommission/Tschechien (Unvereinbarkeit, mit Art. 34 AEUV, einer nationalen Regelung, wonach gewisse, in Drittstaaten angebrachte Punzierungen von Edelmetallen (die sich in der Union im freien Verkehr befanden) nicht anerkannt wurden).

²⁹ *EuGH*, Rs. C-187/15, ECLI:EU:C:2016:550 – Pöpper. Ebenso *EuGH*, Rs. C-466/15, ECLI:EU:C:2016:749 – Adrien.

³⁰ Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang angemerkt, dass der Gerichtshof damit – im Einklang mit seiner ständigen Rechtsprechung – davon ausgeht, dass der Umstand, dass auch andere Personen, die aus dem Beamtenverhältnis ausscheiden (weil sie z.B. die Stelle im Inland wechseln), von der benachteiligenden Regelung betroffen sind, nichts am Vorliegen einer Beschränkung der Freizügigkeit ändert. S. insoweit denn auch explizit (in Bezug auf eine ähnliche zypriotische Regelung) *EuGH*, Rs. C-515/14, ECLI:EU:C:2016:30 – Kommission/Zypern.

dass eine unionsrechtswidrige nationale Regelung außer Anwendung zu lassen sei. Sofern eine Personengruppe zu Unrecht bevorzugt werde, bleibe die Ausdehnung der vorteilhafteren Regelung auf die benachteiligte Gruppe so lange die einzige Möglichkeit, ein unionsrechtskonformes Ergebnis zu erreichen, wie die Regelung für die bevorzugte Gruppe Bestand hat, was vorliegend letztlich dazu führe, dass die in einen anderen Mitgliedstaat wechselnden Personen dieselben (hohen) Ansprüche haben müssten wie diejenigen, die innerhalb der deutschen Verwaltung den Dienstherrn wechseln.³¹

In der Rs. C-423/15³² hatte sich der *EuGH* mit den Voraussetzungen des Vorliegens eines Rechtsmissbrauchs auseinanderzusetzen, dies im Zusammenhang mit der RL 2000/78³³ und der RL 2006/54³⁴. Der *Gerichtshof* hielt im Ergebnis fest, ein Rechtsmissbrauch liege dann vor, wenn sich eine Person nicht deshalb auf eine Stelle bewerbe, um diese zu erhalten, sondern ausschließlich mit dem Ziel, den Status einer Bewerberin zu erlangen, um somit (wegen einer diskriminierenden Behandlung) eine Entschädigung geltend machen zu können. In einer solchen Konstellation liege daher auch bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen gerade kein „Zugang zur Beschäftigung oder abhängiger Erwerbstätigkeit“ im Sinne dieser Bestimmungen vor. Deutlich wird auch durch dieses Urteil die eher enge Konzeption des Rechtsmissbrauchs durch den *Gerichtshof*, der einerseits auf ein objektives Kriterium (das Ziel der fraglichen Regelung könne trotz formaler Einhaltung ihrer tatbestandlichen Voraussetzungen nicht eingehalten werden), andererseits auf ein subjektives Element (ein ungerechtfertigter Vorteil müsse angestrebt werden) abstellt. Gerade dieses subjektive Element wird häufig zumindest schwer nachzuweisen sein und impliziert insbesondere gerade nicht allgemein, dass die Wahrnehmung der vertraglich gewährleisteten Rechte auf bestimmten Motiven beruhen muss, was in jeder Beziehung überzeugend ist. Insoweit sind die Kernaussagen des Urteils auch z.B. auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit übertragbar, wobei hier ein Rechtsmissbrauch jedenfalls dann schwer vorstellbar ist, wenn tatsächlich der Antritt einer Stelle angestrebt wird.

3. Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit

a) Grundfreiheiten und wirtschaftliche Schwierigkeiten

Grundlegende Fragen der Tragweite der Niederlassungsfreiheit und der Rechtfertigungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten in Situationen großer wirtschaftlicher Schwierigkeiten waren Gegenstand der Rs. C-201/15³⁵. Konkret ging es um eine griechische Regelung, wonach eine Massenentlassung von der zuständigen nationalen Behörde zu genehmigen und nur zulässig ist, wenn sie nach Abwägung der Bedingungen auf dem Arbeitsmarkt, den wirtschaftlichen Verhältnissen des Unternehmens und der Belange der

³¹ S. im Übrigen *EuGH*, Rs. C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883 – Betriebsrat der Ruhrlandklinik (zum Begriff des Arbeitnehmers im Sinn der RL 2008/104 über die Leiharbeit); *EuGH*, Rs. C-300/15, ECLI:EU:C:2016:361 – Kohll: Unvereinbarkeit einer nationalen Regelung, wonach bestimmte Steuergutschriften im Ergebnis nur Personen zugute kommen, die ein Ruhegehalt von einem in diesem Staat ansässigen Schuldner beziehen, mit Art. 21, 45 AEUV. Denn die vorliegende Beschränkung der Freizügigkeit könne nicht durch ein zwingendes Interesse des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden, da es an der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme fehle (die angeführten verwaltungstechnischen oder praktischen Schwierigkeiten im Hinblick auf den Nachweis der Bedürftigkeit stellten keinen Grund für die Einschränkung der Grundfreiheiten dar).

³² *EuGH*, Rs. C-423/15, ECLI:EU:C:2016:604 – Kratzer.

³³ RL 2000/78 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000 L 303, 16.

³⁴ RL 2006/54 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, ABl. 2006 L 204, 23.

³⁵ *EuGH*, Rs. C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972 – AGET Iraklis.

nationalen Wirtschaft gerechtfertigt erscheint. Der *Gerichtshof* stellte zunächst klar, dass die RL 98/59 (Massenentlassungsrichtlinie)³⁶ die materiellen Kriterien für eine Massenentlassung nicht regle (wobei sie aber von deren Zulässigkeit ausgehe, so dass nationale Regeln Massenentlassungen nicht im Ergebnis verunmöglichen dürften), um sodann die Unvereinbarkeit einer solchen Regelung mit Art. 49 AEUV festzustellen: Sie beschränke die Niederlassungsfreiheit, da sie geeignet sei, den Zugang zum Markt weniger attraktiv zu gestalten. Im Übrigen verstoße sie auch gegen das Grundrecht der unternehmerischen Freiheit nach Art. 16 GRCh, der vorliegend anwendbar sei, da der Anwendungsbereich des Unionsrechts betroffen sei; jedoch sei der Kernbereich dieses Grundrechts nicht betroffen, da die Möglichkeit, Massenentlassungen vorzunehmen, nicht als solche ausgeschlossen sei. Man wird hieraus³⁷ ableiten können, dass der Kerngehalt (erst) immer dann betroffen ist, wenn die Vertragsfreiheit in gewissen Bereichen ausgeschlossen wird, wobei diese Bereiche wohl einen bestimmten Umfang und eine gewisse Bedeutung aufweisen müssen. Wirkliche Konturen gewinnt der Kernbereich hiermit jedoch nicht.

Eine Rechtfertigung müsse somit auch dem Grundrecht Rechnung tragen, was vorliegend jedoch nicht der Fall sei: Die „Belange der nationalen Wirtschaft“ stellten schon kein zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls dar, da es um einen wirtschaftlichen Grund gehe (Förderung der nationalen Wirtschaft und deren gutes Funktionieren). Hingegen zählten der Schutz der Arbeitnehmer sowie die Förderung der Beschäftigung zu den zwingenden Gründen des Allgemeinwohls, die eine Beschränkung der Grundfreiheiten rechtfertigen könnten. Jedoch sei die Maßnahme – die durchaus als geeignet angesehen wurde, woraus man folgern kann, dass solche Genehmigungserfordernisse grundsätzlich mit Art. 49 AEUV in Einklang stehen können – zu allgemein und ungenau, so dass nicht erkennbar und vorhersehbar sei, unter welchen konkreten objektiven Umständen die Genehmigung (nicht) erteilt wird. Im Falle solcher Kriterien, die nicht auf objektiven und nachprüfaren Voraussetzungen beruhen, sei jedoch die Erforderlichkeit zu verneinen. Schließlich stellt der *Gerichtshof* klar, dass der Vertrag nicht vorsehe, dass im Falle einer schweren Wirtschaftskrise oder einer besonders hohen Arbeitslosenquote von der Einhaltung der vertraglichen Verpflichtungen abgesehen werden könnte; vielmehr seien die Vorgaben in Bezug auf die Rechtfertigung für Beschränkungen der Grundfreiheiten zu beachten.

b) Konzessionen und Auftragsvergabe

Eine mitgliedstaatliche Regelung, wonach Dienstleistungen im Bereich des Gesundheits- und Sozialwesens direkt (und damit ohne öffentliche Bekanntmachung und auch ohne einen Vergleich verschiedener Angebote) an Freiwilligenorganisationen vergeben werden, steht

³⁶ RL 98/59 über Massenentlassungen, ABl. 1998 L 225, 16.

³⁷ Auch in Verbindung mit *EuGH*, Rs. C-426/11, ECLI:EU:C:2013:521 – Alemo-Herron.

grundsätzlich in Einklang mit Art. 49, 56 AEUV, wie der *Gerichtshof* in der Rs. C-50/14 festhielt.³⁸ Allerdings müsse der rechtliche Rahmen, in dem diese Organisationen tätig sind, tatsächlich zum sozialen Zweck und zu den Zielen der Solidarität und der Haushaltseffizienz beitragen. Dies impliziere auch, dass die Freiwilligenorganisationen zwar auf Erwerbstätige zurückgreifen dürfen, freilich nur in dem Maß, in dem dies für den geregelten Betrieb erforderlich ist, und keinesfalls dürfe (auch nicht indirekt) ein Erwerbszweck verfolgt werden. Soweit eine solche Organisation auch bestimmte wirtschaftliche Tätigkeiten ausübt, müsse gewährleistet sein, dass diese im Verhältnis zur Gesamtheit der Tätigkeiten geringfügig sind und die freiwillige Tätigkeit unterstützen. Damit stuft der *Gerichtshof* die Tätigkeiten der Freiwilligenorganisation als wirtschaftliche Tätigkeit ein, was grundsätzlich überzeugt, da es hier in der Tat um Aktivitäten geht, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden. Interessant an dem Urteil ist insbesondere die Rechtfertigungsprüfung: Der *Gerichtshof* verwendet hier eher allgemeine Formulierungen, so wenn er darauf hinweist, die mit einer derartigen Direktvergabe eines Auftrags einhergehende Ungleichbehandlung zum Nachteil von in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Unternehmen könne auf den „Grundsätzen der Universalität, der Solidarität, der Erschwinglichkeit und der Geeignetheit“ im Hinblick auf die Sicherstellung eines wirtschaftlich ausgeglichenen Haushalts beruhen und somit gerechtfertigt werden, wobei es der *Gerichtshof* jedoch unterlässt, eine eigentliche Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen; vielmehr betont er den Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten und hebt nur (aber immerhin) hervor, dass die betroffenen Organisationen keinerlei Erwerbs- bzw. Gewinnerzielungsabsichten verfolgen dürfen (was einer solchen freihändigen Vergabe doch enge Grenzen setzt). Dies ist wohl so zu verstehen, dass nur unter dieser Voraussetzung dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung getragen wird. Das Urteil reiht sich somit in eine Reihe von Urteilen ein, in denen der *Gerichtshof* den Mitgliedstaaten im Bereich der Gesundheitspolitik einen eher weiten Spielraum einräumt, womit auch die Frage aufgeworfen wird, ob der Ansatz des *Gerichtshofs* auf andere Bereiche übertragbar ist. Jedenfalls der Grundgedanke der Rechtsprechung – Solidarität und Sicherstellung des finanziellen Gleichgewichts – dürfte grundsätzlich für eine Bejahung dieser Frage sprechen, können diese Grundsätze doch auch in anderen Bereichen relevant sein. Nicht klar wird aus dem Urteil im Übrigen, ob es für die Bejahung der Rechtfertigung notwendig bzw. ausschlaggebend war, dass neben dem Anliegen des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit auch andere Aspekte (Solidarität und Universalität) eine gewisse Rolle spielten.

Sieht ein Mitgliedstaat Konzessionen vor, die für die Ausübung von Touristik- und Freizeittätigkeiten in im öffentlichen Eigentum stehenden Gebieten erteilt werden (so etwa die Nutzung des Uferbereichs an Gewässern), so dürfen die einmal vergebenen Konzessionen nicht automatisch verlängert werden; dies gilt zumindest dann, wenn an diesen Konzessionen ein grenzüberschreitendes Interesse besteht, wie der *Gerichtshof* in den verb. Rs. C-458/14, C-

³⁸ *EuGH*, Rs. C-50/14, ECLI:EU:C:2016:56 – CASTA.

67/15³⁹ festhielt. Denn der hier einschlägige Art. 49 AEUV (geht es doch um (potentielle) Niederlassungen, nämlich solche in einem im öffentlichen Eigentum stehenden Gebiet im Hinblick auf eine wirtschaftliche Verwertung für Touristik- und Freizeitzwecke) stehe einer solchen diskriminierenden Regelung, die die Vergabe der Konzession in einem transparenten Ausschreibungsverfahren verzögert und Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten benachteiligt, grundsätzlich entgegen. Eine Rechtfertigung sei nicht ersichtlich; insbesondere sei der Grundsatz der Rechtssicherheit nicht einschlägig, da zum Zeitpunkt der Vergabe der Konzessionen diese unionsrechtlichen Anforderungen bekannt gewesen seien. Der *Gerichtshof* hält weiter fest, dass für den Fall der Einschlägigkeit der RL 2006/123 (Dienstleistungsrichtlinie)⁴⁰ allein diese maßgeblich sei, habe diese doch in ihrem Anwendungsbereich eine abschließende Harmonisierung vorgenommen. Art. 12 RL 2006/123 verbiete ebenfalls eine solche Regelung. Die Ausführungen des *Gerichtshofs* legen es im Übrigen nahe, dass er die in Frage stehenden Konzessionen als „Genehmigung“ im Sinn des Art. 12 RL 2006/123 ansieht.⁴¹

c) Steuerliche Aspekte und Dienstleistungsfreiheit

In der Rs. C-179/14⁴² hatte sich der *Gerichtshof* mit verschiedenen Aspekten einer ungarischen Regelung zu befassen, die es Arbeitgebern ermöglicht, ihren Arbeitnehmern zu steuerlich vorteilhaften Konditionen Gutscheine auszugeben, die es diesen erlauben, bei Dritten unentgeltlichen Zugang zu verschiedenen Leistungen zu erhalten. Die Arbeitnehmer können damit bei bestimmten Dienstleistungserbringern, die vertraglich an den Aussteller der Gutscheine gebunden sind, Zugang zu den erfassten Leistungen (auf Unterbringung, bestimmte Freizeitleistungen und / oder Verpflegungsleistungen) erhalten, wobei die Dienstleistungserbringer später von dem Aussteller entsprechend seinen vertraglichen Verpflichtungen gegenüber dem Arbeitgeber vergütet werden. Allerdings werden an die Unternehmen bestimmte Anforderungen gestellt, die der *Gerichtshof* allesamt für mit Art. 14 ff. RL 2006/123 (Dienstleistungsrichtlinie) unvereinbar erachtete:

- Der Ausschluss von Zweigniederlassungen von in anderen Mitgliedstaaten gegründeten Unternehmen verstoße gegen Art. 14 Nr. 3 RL 2006/123, der es gerade untersage, die Ausübung einer Dienstleistung von einer Hauptniederlassung abhängig zu machen; eine Rechtfertigung sei von vornherein ausgeschlossen.⁴³

³⁹ *EuGH*, verb. Rs. C-458/14, C-67/15, ECLI:EU:C:2016:558 – Promotimpresa et al.

⁴⁰ RL 2006/123 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. 2006 L 376, 36.

⁴¹ Zur RL 2006/123 auch *EuGH*, Rs. C-316/15, ECLI:EU:C:2016:879 – Hemming: Bei der Berechnung der Gebühren nach Art. 13 II RL 2006/123 dürften die Verwaltung und Durchsetzung der betreffenden Genehmigungsregelung nicht berücksichtigt werden, auch wenn dieser Teil bei einer Ablehnung des Antrags zu erstatten ist.

⁴² *EuGH*, Rs. C-179/14, ECLI:EU:C:2016:108 – Kommission/Ungarn.

⁴³ Wie der *Gerichtshof* übrigens auch schon in einem früheren Urteil feststellte. Vgl. *EuGH*, Rs. C-593/13, ECLI:EU:C:2015:399 – Rina Services. Zu diesem Urteil *Epiney*, NVwZ 2016, 503 (508 f.).

- Auf der Grundlage einer weiten Auslegung des Verbots in Art. 15 Abs. 2 lit. b RL 2006/123, einen ausländischen Dienstleister zu einer bestimmten Rechtsform zu verpflichten, sei auch die Anforderung des ungarischen Rechts, über Rechtspersönlichkeit zu verfügen und als ungarische Handelsgesellschaft oder als Tochtergesellschaft einer solchen registriert zu sein, von dem Verbot erfasst; im Übrigen sei die Vorschrift direkt diskriminierend, da der satzungsmäßige Sitz des Unternehmens in Ungarn liegen muss.
- Eine indirekte Diskriminierung liege bezüglich der Anforderung vor, dass der Dienstleister in jeder Gemeinde in Ungarn mit mehr als 35.000 Einwohnern über eine für Kunden zugängliche Geschäftsstelle verfügen muss, im letzten Geschäftsjahr mindestens 100.000 Gutscheine ausgestellt haben sowie über mindestens zwei Jahre Erfahrung mit der Ausstellung solcher Gutscheine verfügen muss. Im Übrigen seien diese Vorgaben jedenfalls unverhältnismäßig, da die Solvenz, die Professionalität und die Erreichbarkeit auch durch weniger weitgehende Maßnahmen sichergestellt werden könnten. Offen lassen konnte der *Gerichtshof* damit, ob auch die in Art. 16 RL 2006/123 aufgeführten verpönten Anforderungen einer Rechtfertigung entzogen sind (wie er dies in Bezug auf Art. 14 RL 2006/123 festgestellt hatte).
- Schließlich ändere auch der Umstand, dass es für ausländische Anbieter möglicherweise schwieriger sein könnte, die Gutscheine auszustellen, so dass es im Ergebnis nur um die Vorgaben über die Niederlassungsfreiheit gehen könne, nichts an dem Verstoß gegen Art. 16 RL 2006/123.

Weiter dürfen bestimmte Gutscheine nur von einer einzigen Stiftung ausgestellt werden, die somit diesbezüglich über ein Monopol verfügt. In diesem Zusammenhang hält der *Gerichtshof* zunächst fest, dass es bei dieser Tätigkeit sehr wohl um eine Dienstleistung im Sinne des Vertrages gehe (ein Begriff, der weit auszulegen sei). Dem stehe auch nicht entgegen, dass keine Gewinnerzielungsabsicht besteht, der Empfänger selbst den Dienstleistungserbringer nicht vergütet und die allfälligen Gewinne auch für im Allgemeininteresse dienende Ziele verwendet werden. Ein Monopol sei eine Beschränkung sowohl der Niederlassungs- als auch der Dienstleistungsfreiheit, und die vorliegende Fallgestaltung (wo es um die Ausstellung von Gutscheinen für den Erwerb von verzehrfertigen Speisen geht) sei nicht mit Gewinnspielen vergleichbar, so dass die diesbezügliche Rechtsprechung in Bezug auf die Rechtfertigung von Beschränkungen (die den Mitgliedstaaten einen großen Gestaltungsspielraum einräumt) nicht herangezogen werden könne. Eine Rechtfertigung wurde denn auch verneint.⁴⁴

⁴⁴ S. über die im Text erwähnten Urteile hinaus auch noch *EuGH*, Rs. C-66/15, ECLI:EU:C:2016:5 – Kommission/Griechenland (Verstoß gegen Art. 56, 62 AEUV einer nationalen Bestimmung, wonach die Zulassungssteuer bei der Zulassung eines Kraftfahrzeugs, das ein auf dem betreffenden Staatsgebiet wohnhafter Kunde von einem in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Anbieter mietet oder least, in voller Höhe erhoben wird, ohne die Dauer des Miet- oder Leasingvertrags und die Dauer der Nutzung des Fahrzeugs im Staatsgebiet zu berücksichtigen); *EuGH*, Rs. C-522/14, ECLI:EU:C:2016:253 – Sparkasse Allgäu (Vereinbarkeit mit Art. 49 AEUV einer nationalen Regelung, nach der Kreditinstitute mit Sitz in dem betreffenden Mitgliedstaat den nationalen Behörden Vermögensgegenstände, die bei ihren unselbständigen Zweigstellen in einem anderen Mitgliedstaat verwahrt oder verwaltet werden, im Fall des

d) Glücksspielrecht

Auch im Jahr 2016 führte der *EuGH* seine Rechtsprechung zum Glücksspielrecht⁴⁵ fort: In der Rs. C-336/14⁴⁶ stand die Vermittlung von Sportwetten durch eine Privatperson an eine Gesellschaft mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat zur Debatte. Da der Private keine Lizenz für eine solche Aktivität besaß, sollte er mit einer Buße belegt werden; dies war vor dem Hintergrund problematisch, dass das in Frage stehende Monopol für die Ausübung solcher Tätigkeiten als unionsrechtswidrig eingestuft und noch nicht aufgehoben worden war bzw. faktisch weiter angewandt wurde.⁴⁷ Insoweit betrifft das Urteil auch die Reichweite des Vorrangs des Unionsrechts. Der *Gerichtshof* stellte denn auch fest, dass es der Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts verlange, die Vorschriften eines unionsrechtswidrigen Monopols außer Anwendung zu lassen, auch wenn sie noch nicht revidiert wurden. Dies impliziere auch, dass ein Mitgliedstaat im Fall eines Verstoßes gegen solche Vorschriften keine strafrechtlichen Sanktionen verhängen dürfe. Hieran ändere auch der Umstand nichts, dass es theoretisch – wie der betreffende Mitgliedstaat (Deutschland) geltend gemacht hatte – möglich gewesen sein könnte, aufgrund einer Verwaltungspraxis trotz des fortbestehenden Monopols eine Lizenz zu erlangen, da diese Praxis weder wirklich bekannt noch in Bezug auf die genauen Voraussetzungen transparent ausgestaltet gewesen sei. Ebenso wenig dürfe ein Privater wegen der Vermittlung einer Sportwette ohne die erforderliche Konzession gebüßt werden, wenn das Verfahren für die Erteilung einer Erlaubnis für solche Tätigkeiten nach den Feststellungen des zuständigen Gerichts nicht den unionsrechtlichen Anforderungen entspricht und letztlich trotz Inkrafttretens revidierten nationalen Rechts das bis dahin bestehende (unionsrechtswidrige) nationale Monopol faktisch weiter angewandt wird. Das Urteil erscheint angesichts des Vorrangs des Unionsrechts zwingend und stellt (einmal mehr) klar, dass diesem nur dann Rechnung getragen wird, wenn die unionsrechtlichen Vorgaben auch tatsächlich effektiv angewandt werden; vor diesem Hintergrund vermag daher wenig zu überraschen, dass eine Art „fiktive Ausschaltung“ eines grundsätzlich fortbestehenden unionsrechtswidrigen Verbots über eine gesetzlich nicht vorgesehene (und damit intransparente) behördliche Erlaubnis den unionsrechtlichen Anforderungen nicht entspricht.

Wie der *Gerichtshof* in der Rs. C-375/14⁴⁸ festhielt, stellt die Verpflichtung eines Konzessionärs, bestimmte in seinem Eigentum stehende Ausstattungen für die Durchführung

Ablebens des Eigentümers dieser Vermögensgegenstände, der im erstgenannten Mitgliedstaat Steuerinländer war, anzeigen müssen, wenn im zweitgenannten Mitgliedstaat keine vergleichbare Anzeigepflicht besteht und Kreditinstitute dort einem strafbewehrten Bankgeheimnis unterliegen, wobei der Gerichtshof bereits das Vorliegen einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit verneint); *EuGH*, verb. Rs. C-692/15, C-694/15, ECLI:EU:C:2016:344 – Security Service (rein interner Sachverhalt).

⁴⁵ S. zur bisherigen Rechtsprechung zuletzt *Epiney*, NVwZ 2016, 503 (510).

⁴⁶ *EuGH*, Rs. C-336/14, ECLI:EU:C:2016:72 – Ince.

⁴⁷ Vgl. zu den hier relevanten Urteilen *Epiney*, NVwZ 2013, 692 (697 f.).

⁴⁸ *EuGH*, Rs. C-375/14, ECLI:EU:C:2016:60 – Laezza.

der Glücksspiele bei Beendigung der Tätigkeit aufgrund des Ablaufs der Konzessionsfrist oder aufgrund von Entzugs- oder Widerrufsentscheidungen einem anderen unentgeltlich zum Gebrauch zu überlassen, eine Beschränkung der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit dar. Denn ein solches Erfordernis könne die Ausübung dieser Tätigkeit weniger attraktiv machen, gehe mit ihm doch das Risiko einher, dass Investitionen nicht rentabel seien. In Bezug auf die Rechtfertigung hält der *Gerichtshof* fest, diskriminierende Regelungen könnten nur durch die in Art. 51, 52 AEUV vorgesehenen Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit, nicht jedoch durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses (wie das Ziel der Verhinderung von Straftaten) gerechtfertigt werden. Nicht ganz klar wird diesbezüglich jedoch, ob der *EuGH* hierbei nur auf formelle oder auch auf materielle Diskriminierungen Bezug nimmt; immerhin spricht der Hinweis, die Regelung stelle offenbar nicht auf den Ort der Niederlassung ab, womit sie nicht diskriminierend sein könnte, dafür, dass hier nur formelle Diskriminierungen erfasst sein sollen, ein Ansatz, der sich auch auf andere Grundfreiheiten übertragen lässt und insofern zwingend erscheint, als angesichts der sehr weiten Fassung des Konzepts der materiellen Diskriminierung den Mitgliedstaaten die Möglichkeit genommen würde, wichtige öffentliche Interessen nicht verfolgen bzw. durchsetzen zu können. Grundsätzlich könne die in Frage stehende Regelung durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls – nämlich das Anliegen, Straftaten im Zusammenhang mit Glücksspielen zu bekämpfen und durch das Interesse an der Kontinuität der rechtmäßigen Tätigkeit der Wettannahme – gerechtfertigt werden; jedoch meldet der *EuGH* (zu Recht) Zweifel an der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme an, da die Pflicht zur unentgeltlichen Überlassung auch bei bloßem Ablauf der Konzession zum Tragen komme (und hier stelle etwa die Verpflichtung zur entgeltlichen Überlassung eine weniger einschränkende Maßnahme dar); auch sei die Verpflichtung nicht sehr transparent, da sie nur bei einer ausdrücklichen Anordnung der zuständigen Behörde greife, ohne dass die Bedingungen und Modalitäten präzisiert seien.⁴⁹ In der Rs. C-225/15⁵⁰ ging es um eine nationale Bestimmung, wonach die Beteiligung an einem Verfahren zur Vergabe von Konzessionen im Bereich Glücksspiele und Wetten nur dann zulässig war, wenn die Bewerber ihre wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit anhand von Bescheinigungen von mindestens zwei Kreditinstitutionen nachweisen konnten; eine andere Möglichkeit des Nachweise bestand nicht. Der *EuGH* stellt zunächst eine Beschränkung der Art. 49, 56 AEUV fest, da eine solche Regelung die Wirtschaftsteilnehmer davon abhalten könne, an einem Vergabeverfahren in einem anderen Mitgliedstaat teilzunehmen. Allerdings könne eine solche Regelung durch das Anliegen der Sicherstellung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit der Konzessionäre gerechtfertigt sein, soweit den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit Rechnung getragen werde. Dabei erachtet er eine solche Regelung jedenfalls dann für erforderlich, wenn sie Bieter betrifft, die weniger als zwei Jahre tätig sind und deren Gesamteinnahmen aus ihrer Tätigkeit als Glücksspielanbieter in

⁴⁹ Ähnlich auch *EuGH*, Rs. C-474/14, ECLI:EU:C:2016:240 – Pontillo.

⁵⁰ *EuGH*, Rs. C-225/15, ECLI:EU:C:2016:645 – Politarno. Ebenso eine Reihe weiterer Urteile, so *EuGH*, Rs. C-438/15, ECLI:EU:C:2016:728 – Durante; *EuGH*, Rs. C-545/15, ECLI:EU:C:2016:730 – Manzo.

dieser Zeit unter 2 Mio. Euro lagen, wobei er jedoch betont, diese Prüfung obliege dem nationalen Gericht.⁵¹

⁵¹ S. darüber hinaus aus dem Bereich des Glücksspielrechts *EuGH*, Rs. C-464/15, ECLI:EU:C:2016:500 – Admiral Casinos: Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer restriktiven nationalen Regelung im Bereich der Glücksspiele komme es nicht nur auf die Zielsetzung dieser Regelung im Moment ihres Erlasses an, sondern auch auf die nach ihrem Erlass zu bewertenden und empirisch mit Sicherheit festzustellenden Auswirkungen, die ebenfalls die Kohärenz der Regelungen beeinflussen könnten.